

Droit pénal - emploi d'étrangers sans autorisation - ATC (Juge unique de la Cour pénale II) du 15 décembre 2021, Ministère public c. X. - TCV P1 19 87

Qualité d'auteur de l'infraction d'emploi d'étrangers sans autorisation au sens de l'art. 117 aLEtr

- L'emploi d'étrangers sans autorisation (art. 117 aLEtr) est un délit propre pur qui ne peut être commis que par l'employeur auquel incombe le devoir de s'assurer que l'étranger qu'il entend engager est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse (art. 91 al. 1 aLEtr) (consid. 3.1.2.1).
- Si l'employeur est une personne morale, une société ou une entreprise, ce devoir spécial de diligence, fondant la punissabilité, est imputé à la personne physique qui revêt la qualité de collaborateur dirigeant selon l'art. 29 let. c CP (consid. 3.1.2.2).
- En cas de location de service, le devoir de diligence incombe à l'entreprise de mission dans laquelle le travailleur étranger exécute effectivement son travail, laquelle est considérée comme l'employeur de fait par la jurisprudence fédérale (consid. 3.1.3).
- Un tel devoir incombe également, de par la loi (art. 91 al. 2 LEI), aux personnes qui font appel à des prestations de services transfrontières et qui doivent s'assurer que les personnes étrangères qui fournissent de telles prestations sont autorisées à exercer une activité lucrative en Suisse (consid. 3.1.3).
- En revanche, dans le cas d'un contrat de mandat ou d'entreprise conclu avec un prestataire de services suisse, un tel devoir n'incombe pas au mandant ou au maître de l'ouvrage, qui ne saurait être considéré comme l'employeur de fait (consid. 3.1.3).

Täterschaft beim Delikt der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 117 aAuG)

- Die Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung (Art. 117 aAuG) ist ein echtes Sonderdelikt, das nur vom Arbeitgeber begangen werden kann, dem die Pflicht obliegt, sich zu vergewissern, dass der Ausländer, den er einstellen will, zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz berechtigt ist (Art. 91 Abs. 1 aAuG) (E. 3.1.2.1).
- Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, eine Gesellschaft oder ein Unternehmen, trifft diese besondere Sorgfaltspflicht, die die Strafbarkeit begründet, die natürliche Person, die als leitende Mitarbeiterin gemäss Art. 29 lit. c StGB zu qualifizieren ist (E. 3.1.2.2).
- Beim Personalverleih obliegt die Sorgfaltspflicht dem Einsatzunternehmen, in dem der ausländische Arbeitnehmer seine Arbeit tatsächlich ausführt, welches gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts als faktischer Arbeitgeber gilt (E. 3.1.3).
- Eine solche Pflicht obliegt von Gesetzes wegen (Art. 91 Abs. 2 aIG) auch jenen Personen, die grenzüberschreitende Dienstleistungen in Anspruch nehmen und sicherstellen müssen, dass die ausländischen Personen, die solche Dienstleistungen erbringen, zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz berechtigt sind (E. 3.1.3).
- Im Falle eines Auftrags oder Werkvertrags mit einem schweizerischen Dienstleistungserbringer, obliegt eine solche Pflicht hingegen nicht dem Auftraggeber oder dem Bauherrn, der nicht als faktischer Arbeitgeber angesehen werden kann (E. 3.1.3).

Faits (résumé)

A. X. travaille pour la société Y. SA, active notamment dans les secteurs du bâtiment et du génie civil.

En tant que responsable de section, X. avait sous sa responsabilité 5 à 6 techniciens, terminologie qui recoupe celle de chef de chantier ou conducteur de travaux. Chaque technicien avait, à son tour, sous ses instructions des contremaîtres pour l'exécution proprement dite des chantiers.

Le technicien, qui intervenait dès l'attribution d'un mandat à Y. SA, s'occupait de l'organisation de la main d'œuvre, de la commande des matériaux, de l'attribution des mandats de sous-traitance et de fournisseurs, de la gestion de l'inventaire ainsi que de la relation directe avec la direction des travaux.

B. Par contrat conclu courant décembre 2013, signé, pour le compte de Y. SA, par X. ainsi que par Z., en sa qualité de technicien, cette société s'est vu confier un chantier à C.

Autorisée, dans ce cadre, à conclure des contrats de sous-traitance, Y. SA, par l'intermédiaire de Z., a confié à A. Sàrl l'ensemble des travaux de ferrailage par contrat du 16 octobre 2013, travaux qui ont duré d'octobre 2013 à l'été 2015.

A la suite d'une enquête effectuée par l'Inspection cantonale de l'emploi du canton du Valais, il est apparu que A. Sàrl avait employé sur le chantier en question B., un ouvrier étranger qui n'était pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse, à tout le moins durant 5 jours au cours des mois de décembre 2014 et mars 2015. Ces faits ont été portés à la connaissance de X. à la fin août 2017.

C. Le 10 octobre 2019, X. a été reconnu coupable d'emploi d'étrangers sans autorisation (art. 117 al. 1 aLEtr) et condamné à une peine pécuniaire avec sursis, ainsi qu'à une amende. Il a formé appel contre ce jugement.

Considérants (extraits)

3. L'appelant conteste s'être rendu coupable de violation de l'art. 117 al. 1 aLEtr. En substance, il reproche au premier juge de l'avoir condamné pour l'emploi d'un travailleur étranger sans autorisation au sens de cette disposition, alors que l'obligation de diligence imposée par l'art. 91 al. 1 aLEtr à tout employeur qui engage un travailleur étranger ne lui incombait nullement selon le fonctionnement et la répartition interne des tâches au sein de Y. SA.

3.1 Le 1^{er} janvier 2018, est entrée en vigueur une révision de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005 (aLEtr ; RO 2007 5437), devenue la loi sur les étrangers et l'intégration (LEI ; RO 2017 6521). Selon l'art. 126 al. 4 LEI, les dispositions pénales de la nouvelle loi ne s'appliquent aux infractions commises avant son entrée en vigueur que lorsqu'elles sont plus favorables à leur auteur, ce qui n'est pas le cas de l'art. 117 al. 1 LEI, dont la teneur n'a pas été modifiée à l'occasion de la révision. Il sera donc fait application de cette disposition dans sa version en vigueur au moment des faits litigieux, ceux-ci s'étant déroulés sous l'empire de l'ancien droit.

Aux termes de l'art. 117 aLEtr, quiconque, intentionnellement, emploie un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse ou a recours, en Suisse, à une prestation de services transfrontaliers d'une personne qui n'a pas l'autorisation requise est puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire. Dans les cas graves, la peine sera une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. En cas de peine privative de liberté, une peine pécuniaire est également prononcée (al. 1). Si l'auteur agit par négligence, il est puni d'une amende de 20'000 fr. au plus (al. 3).

Avant d'engager un étranger, l'employeur doit s'assurer qu'il est autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse en examinant son titre de séjour ou en se renseignant auprès des autorités compétentes (art. 91 al. 1 aLEtr dont la teneur n'a pas non plus été modifiée à l'occasion de la révision). La simple omission de procéder à l'examen du titre de séjour ou de se renseigner auprès des autorités compétentes constitue déjà une entorse au devoir de diligence, violation notamment sanctionnée par l'art. 117 aLEtr.

3.1.1 Lorsque les transgressions au droit administratif donnent lieu, à l'instar de l'art. 117 aLEtr, à des sanctions pénales, il convient de déterminer si c'est le droit pénal administratif (ci-après : DPA [loi fédérale sur le droit pénal administratif]) ou le droit pénal ordinaire qui s'applique. La question se résout au regard de l'autorité compétente pour poursuivre et juger l'infraction, laquelle est désignée par la loi administrative spéciale pertinente. Ce n'est que si la compétence appartient à une autorité administrative fédérale au sens des art. 2 et 35 LOGA, que la DPA est applicable, sauf si la loi administrative spéciale pertinente y déroge (art. 1 DPA). En revanche, si la poursuite et le jugement de ces infractions sont confiées à une autorité pénale ordinaire ou à une autorité administrative cantonale, ces dernières appliquent les règles du CP et du CPP, à moins qu'elles soient chargées, par la loi administrative spéciale pertinente, d'appliquer certaines normes de la DPA (application restreinte de cette loi), tel l'art. 6 al. 2 et 3 DPA en ce qui concerne la responsabilité pénale du chef de l'entreprise (Capus/Beretta, *Droit pénal administratif, Précis de droit suisse*, 2021, n° 52 p. 23, n° 63 p. 24, n° 65 p. 25, n° 81 p. 28 et n° 83 p. 29 ; Garbarski, *L'entreprise dans le viseur du droit pénal administratif : éléments de droit matériel et de procédure*, RPS 2012, n° 2 p. 414 ; cf. sur cette question JT 2017 IV consid. 2.2).

L'art. 120e aLEtr prévoit que la poursuite et le jugement des infractions prévues aux art. 115 à 120 et 120d aLEtr relèvent de la compétence des cantons. Selon l'art. 12 al. 1 de la loi d'application valaisanne de la loi fédérale sur les étrangers (LALetr : 142.1), les infractions prévues aux dispositions précitées relèvent des autorités ordinaires de poursuite et de jugement lorsqu'il s'agit, comme c'est le cas de l'art. 117 al. 1 aLEtr, d'un délit, soit les autorités pénales prévues aux art. 12 let. a à c CPP et 12 et 14 LACPP. Faute pour cette loi administrative de prévoir expressément l'application par ces dernières de certaines normes de la DPA, tel l'art. 6 al. 2 DPA, c'est bien exclusivement à l'aune des règles du CP, plus particulièrement de l'art. 29 CP, que la présente cause, qui met en jeu la responsabilité pénale du chef d'entreprise, doit être examinée (Cassani/Villard, *Commentaire romand*, 2^e éd. 2021, n° 7 ad art. 29 CP et la note de bas de page n° 15).

3.1.2.1 L'art. 117 al. 1 aLEtr, qui sanctionne la violation du devoir de diligence de l'employeur découlant de l'art. 91 al. 1 aLEtr, est conçu comme un délit propre pur (echte Sonderdelikt), qui ne peut être commis que par celui qui possède la qualité spéciale exigée par la loi (intraneus), soit, en l'espèce, la qualité d'employeur (cf. sur cette question Killias,

Précis de droit pénal général, 2^e éd., 2001, n° 224 et n° 225 p. 34 et 35). Lorsqu'une telle infraction est commise au sein d'une entreprise, se pose la question de savoir qui en répond comme intraneus.

C'est par la règle ancrée à l'art. 29 CP que les personnes physiques occupant au sein de l'entreprise une des positions qui y est énumérée peuvent se voir imputer les qualités spéciales que possède celle-ci. Autrement dit, les personnes physiques en question peuvent être recherchées bien que l'infraction constitue un délit propre pur et que le devoir spécial qui fonde la typicité de l'infraction ne les lie pas personnellement, mais bien l'entreprise pour laquelle elles ont agi (Cassani/Villard, n° 2 ad art. 29 CP ; Cassani, Sur qui tombe le couperet du droit pénal ?, in Journée 2008 de droit bancaire et financier, p. 60 et 61 ; Garbaski, La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de société anonymes, thèse Zurich 2006, p. 301)

3.1.2.2 Selon cette disposition, un devoir particulier dont la violation fonde ou aggrave la punissabilité et qui incombe uniquement à la personne morale, à la société ou à l'entreprise en raison individuelle est imputé à une personne physique lorsque celle-ci agit, notamment, en qualité de collaborateur d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise en raison individuelle disposant d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont il est chargé (let. c).

Est ici visé le collaborateur dirigeant d'une personne morale, d'une société ou d'une entreprise en raison individuelle. Cette notion comprend toutes les personnes qui, sans revêtir la qualité d'organe dirigeant, jouissent d'un pouvoir de décision indépendant dans le secteur d'activité dont ils sont chargés (Garbaski, op. cit., p. 306 et les références citées en note de bas de page n° 2407), et cela même si elles doivent le partager avec d'autres, par exemple du fait d'une signature collective à deux ou d'une organisation collégiale (arrêt 6B_1248/2019 du 17 décembre 2019 consid. 3.3. et la référence). Le collaborateur dirigeant sera alors traité comme un intraneus, s'il a commis l'infraction dans le cadre de cette activité. C'est en premier lieu au regard de l'organigramme et de la répartition des tâches internes à l'entreprise que la qualité de collaborateur dirigeant s'examine. Il n'est pas nécessaire, en revanche, que le collaborateur dirigeant prenne des décisions réservées aux seuls organes, sans quoi il deviendrait un organe de fait, hypothèse qui est visée à la lettre d de l'art. 29 CP (Cassani/Villard, n° 20 et n° 22 ad art. 29 CP).

3.1.3 La notion d'employeur au sens de l'art. 117 al. 1 LEtr, qualité spéciale exigée pour que cette disposition soit applicable, doit être comprise de manière large, comme consistant non seulement à conclure et exécuter un contrat de travail au sens des art. 319 ss CO, mais à faire exécuter une activité lucrative à quelqu'un, quelle que soit la nature du rapport juridique entre l'auteur et la personne employée. Il doit s'agir d'un comportement actif ; une simple permission ou tolérance ne suffit pas. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait la compétence de donner des instructions à la personne employée. Il suffit qu'il entre dans ses attributions de décider qui peut, ou ne peut pas, participer à l'exécution de la tâche et qu'ainsi sa décision conditionne l'activité lucrative de l'intéressé. Celui qui bénéficie effectivement des services d'un travailleur est un employeur nonobstant l'intervention d'un intermédiaire. Peu importe qu'une rémunération soit versée et par qui. Est déjà un employeur en ce sens celui qui occupe en fait un étranger dans son entreprise, sous sa surveillance et sous sa propre responsabilité et, par conséquent, en accepte les services. Le point de savoir si le travailleur est lié à l'employeur par un contrat de travail ou s'il a été « prêté » par une tierce personne n'est pas déterminant au regard de l'art. 117 LEtr (arrêt 6B_511/2017 du 16 novembre 2017 consid. 2.1 et les références).

Dans le cas de la location de services, l'entreprise de mission - c'est-à-dire l'entreprise dans laquelle le travailleur étranger exécute effectivement son travail - est considérée par la jurisprudence du Tribunal fédéral comme l'employeur de facto (arrêt 2C_357/2009 du 16 novembre 2009 consid. 5.2). De même, les personnes qui font appel à des prestations de services transfrontières doivent s'assurer, de par la loi, que les personnes étrangères qui fournissent de telles prestations sont autorisées à exercer une activité lucrative en Suisse (art. 91 al. 2 LEI).

En revanche, dans le cas du contrat de mandat ou du contrat d'entreprise conclu avec un prestataire de services suisse, le mandant ou le maître de l'ouvrage n'a aucune obligation légale de contrôler les autorisations des travailleurs étrangers occupés par le mandataire ou le preneur d'ouvrage et une telle obligation ne découle pas de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qui n'a pas eu à se prononcer encore sur cette question. Certes, le secrétariat d'Etats aux migration (ci-après : SEM) recommande que l'entreprise de mission ou le mandant vérifie aussi si les travailleurs possèdent les autorisations de travail et de séjour nécessaires afin d'éviter d'éventuelles difficultés lors des contrôles relevant de la législation sur les étrangers [cf. les Directives et commentaires, I. Domaine des

étrangers, chapitre 4 Séjour avec activité lucrative, du SEM (Directives LEI), version d'octobre 2013, état au 1er novembre 2021, chiffre 4.8.8.2 non modifié selon la chronologie des principales modifications à partir de 2015, consultables en ligne]. Il ne s'agit là toutefois que de recommandations, qui ne fondent nullement une obligation légale. Par conséquent, le maître d'ouvrage, qui sous-traite une partie de l'ouvrage à un prestataire de services suisse, ne doit pas être considéré comme l'employeur de fait (cf. arrêt GE.2016.0133 de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois du 17 janvier 2017 consid. 3).

3.2.1 En l'occurrence, et contrairement à ce que tente de soutenir en appel le prévenu, il ne fait guère de doute qu'en sa qualité de responsable de la section génie civil et bâtiment de Y. SA pour la région de D. depuis 2006, il agissait au sein de cette entreprise comme un collaborateur au sens de l'art. 29 let. c CP. Bien que ne revêtant pas la qualité d'organe dirigeant, c'est lui qui avait le pouvoir de signer les contrats pour le compte de son employeur. C'est ainsi lui, notamment, qui a signé le contrat d'entreprise pour les travaux de maçonnerie du nouveau centre scolaire de C. C'est lui aussi qui, selon ses propres déclarations, était habilité, entre autres personnes, à contrôler les contrats de sous-traitance que Y. SA était amenée à conclure dans le cadre de son activité, après leur établissement par le technicien, et à les signer. Ces éléments, à eux seuls, démontrent on ne peut mieux le pouvoir de décision indépendant dont il jouissait dans le secteur d'activité dont il était chargé au regard de la répartition des tâches internes à l'entreprise. Il n'est, à cet égard, pas relevant qu'il ne disposait que de la signature collective à deux et qu'il devait, par conséquent, partager ce pouvoir de décision, la qualité de collaborateur au sens de la disposition précitée devant être reconnue même à celui qui ne possède que ce type de signature.

L'appelant occupant incontestablement au sein de Y. SA la position de collaborateur au sens de l'art. 29 CP, la qualité spéciale d'employeur qui fonde la typicité de l'infraction prévue à l'art. 117 al. 1 aLEtr et, partant, le devoir de diligence découlant de l'art. 91 al. 1 aLEtr peut, sur le principe, être reportée sur lui.

Reste cependant à examiner si l'entreprise en question revêtait effectivement cette qualité en l'espèce, cette condition étant le préalable nécessaire pour que l'appelant doive éventuellement en répondre comme intraneus.

3.2.2 Le juge de première instance, après avoir rappelé comment la notion d'employeur au sens de l'art. 117 al. 1 aLEtr devait être comprise, à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue dans cette matière, a considéré, sans plus ample examen et de manière implicite, que Y. SA revêtait bien cette qualité pour avoir sous-traité les travaux de ferrailage à une entreprise qui occupait un employé étranger sans autorisation de travail. L'appelant ne conteste pas véritablement ce constat. A tort.

En effet, il a été relevé, en droit, que lorsqu'un contrat d'entreprise est conclu avec un prestataire de services suisse, le maître de l'ouvrage n'a aucune obligation légale de contrôler les autorisations des travailleurs étrangers occupés par l'entreprise à qui les travaux de construction ont été confiés, car il ne tombe pas sous le coup de la notion élargie d'employeur telle que voulue par le législateur à l'art. 117 al. 1 aLEtr. Il n'en va pas différemment pour l'entrepreneur principal qui sous-traite tout ou partie de la prestation de l'ouvrage qu'il s'est engagé à réaliser pour le maître principal à une autre entreprise, le sous-traitant n'étant que l'entrepreneur de l'entrepreneur principal à la suite d'un sous-contrat, qui se greffe sur un contrat principal (sur ces notions cf. Gauch, *Der Werkvertrag*, 6^e éd. 2019, n° 138, p. 60 et Tercier/Bieri/Carron, *Les contrats spéciaux*, 5^e éd. 2016, n° 3586 à n° 3587, p. 487 s.). Il suit de là que Y. SA, qui s'est contentée de sous-traiter les travaux de ferrailage à une autre entreprise, ne peut pas être considérée comme l'employeur de fait du travailleur étranger de cette entreprise sous-traitante qui a œuvré sur le chantier de C. sans autorisation de travail en bonne et due forme. On ne saurait tirer argument du fait qu'elle ait édicté des règles internes imposant le contrôle découlant de l'art. 91 al. 1 aLEtr, notamment en exigeant de l'entreprise sous-traitante la production de la liste nominative des personnes engagées avec la preuve, pour chacune d'elles, qu'elle n'était pas un travailleur non autorisé avant la conclusion du contrat de sous-traitance, pour lui reconnaître cette qualité. Elle s'est contentée, ce faisant, de suivre les recommandations du SEM pour éviter d'éventuelles difficultés lors des contrôles relevant de la législation sur les étrangers, recommandations qui ne peuvent en aucun cas suppléer une obligation légale inexistante. En sa qualité d'entrepreneur principal, Y. SA n'avait pas le pouvoir de décider quels travailleurs de A. Sàrl pouvaient ou ne pouvaient pas participer à l'exécution des travaux de ferrailage, compétence qui constitue, comme on l'a vu le critère décisif selon la jurisprudence pour déterminer la qualité d'employeur au sens des art. 91 al. 1 et 117 aLEtr.

Faute de revêtir la qualité d'employeur dans la présente cause, Y. SA n'était pas soumise au devoir spécial découlant de l'art. 91 al. 1 aLEtr. Partant, l'appelant ne saurait être appelé à en répondre en sa qualité d'intraneus au sens de l'art. 29 let. c CP. L'un des éléments constitutifs objectifs principaux de l'infraction prévue à l'art. 117 al. 1 aLEtr n'étant pas réalisé dans la personne de l'intéressé, il convient de le libérer de ce chef d'accusation et de prononcer son acquittement pur et simple.

3.2.3 On relèvera encore, par surabondance de moyens, que même si l'on avait retenu que Y. SA avait la qualité d'employeur au sens de cette disposition et que l'appelant, en vertu de sa position de collaborateur de cette entreprise au sens de l'art. 29 CP, se devait d'en répondre comme intraneus, la solution n'en aurait pas moins été la même. En effet, à supposer que, comme retenu par l'autorité inférieure, l'on puisse reprocher au prévenu de ne pas s'être assuré que les contrôles requis lors de l'adjudication du contrat de sous-traitance avaient bien été réalisés, l'acte omis n'aurait vraisemblablement pas permis d'éviter la présence de B. sur le chantier. En effet, A. Sàrl n'a engagé ce travailleur qu'en décembre 2014, soit plus d'une année après la signature du contrat de sous-traitance survenue en octobre 2013. Partant, si le prévenu avait exigé la liste nominative des personnes engagées par l'entreprise sous-traitante sur ce chantier avec la preuve, pour chacune d'elles, qu'elle n'était pas un travailleur non autorisé - pièce dont on a vu qu'elle manquait à ce contrat -, le nom de B. n'y aurait pas figuré. Rien n'indique dès lors que le manquement retenu par l'autorité inférieure aurait empêché l'emploi de ce travailleur non autorisé par l'entreprise sous-traitante, puisqu'aucun contrôle systématique des travailleurs œuvrant effectivement sur le chantier n'était effectué par la suite par le technicien ou par le contremaître.

Dès lors que l'acte attendu n'aurait, selon toute vraisemblance, pas empêché la survenance du résultat qui s'est produit en l'occurrence, la causalité adéquate aurait dû être exclue. Une condamnation de l'appelant n'aurait donc pas pu intervenir, même si l'on avait dû reconnaître à Y. SA la qualité spéciale d'employeur au sens de l'art. 117 al. 1 aLEtr et l'imputer à l'intéressé par le jeu de l'art. 29 let. c CP.